

IGUALDAD Y RESPETO AL PRECEDENTE *

Marina Gascón Abellán

Universidad de Castilla-La Mancha.

SUMARIO: 1. *Planteamiento.* — 2. *La regla del precedente y el principio de universalización.* — 3. *La doctrina del precedente del Tribunal Constitucional español. Rasgos generales.* — 4. *Precedente, igualdad y uniformidad jurisprudencial. La regla del precedente como garantía de la actuación racional de los órganos jurisdiccionales.* — 5. *Observaciones finales.*

1 En las páginas que siguen pretendo plantear una cierta interpretación de la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre la obligación de los órganos jurisdiccionales de respetar su propio precedente que supone hacer de la argumentación racional una exigencia de constitucionalidad. Antes de nada, sin embargo, es preciso ad-

* Una primera versión de este trabajo fue leída en el seminario sobre “Las fuentes del Derecho”, desarrollado entre los meses de octubre y diciembre de 1992 en la Universidad de Turín bajo la dirección del profesor G. ZAGREBELSKY, y publicada en *Giurisprudenza Italiana* (1993) con el título “In merito alla giurisprudenza del Tribunal Constitucional spagnolo sull'obbligo degli organi giurisdizionali di rispettare il proprio precedente”.

vertir que el término “precedente” se usa aquí en un sentido diferente al que normalmente le viene atribuido en la comunidad jurídica. En efecto, cuando se habla de precedente se suele hacer alusión a la obligación existente en ciertos sistemas jurídicos de observar la doctrina establecida por los tribunales superiores. Se trata del llamado “precedente vertical”, propio de los sistemas de *stare decisis*, cuyo fundamento reposa en la exigencia de *justicia uniforme* —es decir, en el ideal de juez único que preside todo sistema jurisdiccional que quiera garantizar la seguridad, igualdad y unidad del Derecho¹— y que en el ámbito de la argumentación opera del mismo modo que las leyes²; esto es, proponiendo una cierta solución normativa para un determinado supuesto de hecho, solución normativa que, por tanto, constituye el objeto de la argumentación.

Aquí, sin embargo, hablaremos de precedente para hacer referencia a la obligación que tiene todo órgano jurisdiccional de resolver del mismo modo los casos sustancialmente iguales. En otras palabras, se entenderá por precedente la autovinculación de cada juez o tribunal a sus propias decisiones, razón por la cual acaso resultará más clarificador hablar de *autoprecedente* para hacer referencia a la misma³. A diferencia del precedente que deriva del sistema *stare decisis* —el precedente vertical—, la regla del autoprecedente no encuentra su fundamento en una exigencia de justicia uniforme, sino en el *principio de universalización*, en la medida en que es éste un principio que preside el razonamiento práctico y, por consiguiente, también el razonamiento jurídico que forma parte del mismo. El autoprecedente, por tanto, opera en el ámbito del razonamiento jurídico de forma distinta al precedente “vertical”, ya que se trata, como veremos, sólo de una *regla* que disciplina la argumentación jurídica, y no del *objeto* de la misma. Por eso, antes de analizar el alcance y los límites de la regla del precedente creo conveniente hacer alguna referencia a su sentido y fundamento.

¹ Vid. I. de OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 99 y ss.

² Ciertamente, el esquema que explica la vinculación al precedente no difiere del que justifica la vinculación a la ley, porque allí donde opera el sistema *stare decisis* puede decirse que los precedentes judiciales —al menos los de los tribunales superiores— forman parte del Derecho y vinculan del mismo modo que el resto de las reglas jurídicas. En este sentido, véase J. WROBLESKI, “Precedent in statutory (civil) law system”, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Saggi Teorico-Giuridici, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 747 y ss. También M. ATIENZA, comentando la obra de R. ALEXY, señala que el precedente “tiene muchos puntos en común con la argumentación dogmática”, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 199.

³ De ahora en adelante, cuando hablemos de precedente deberá entenderse en el sentido indicado de “autoprecedente”.

2. Desde el punto de vista de la teoría de la interpretación, la razón de ser del precedente radica en la imposibilidad de que el ordenamiento jurídico esté siempre en condiciones de ofrecer al intérprete una y sólo una respuesta correcta para resolver un conflicto jurídico. Obviamente, si esto fuera así, esa única respuesta es la que debería adoptarse en todo caso, con independencia de que se apartara o no de los precedentes, propios o ajenos. Ello explica que, como luego veremos, esta forma de fiscalización se haya desarrollado por el Tribunal Constitucional y no por el Tribunal Supremo: la Constitución condiciona en parte las decisiones, pero permite un ancho margen a la interpretación del Derecho ordinario donde el Tribunal Constitucional no puede entrar, salvo precisamente a través de la técnica aquí comentada. El Tribunal Supremo, en cambio, actúa desde las mismas premisas que el juez que dictó la resolución recurrida y, por tanto, lo sustituye; lo cual no quiere decir, desde luego, que el Derecho ordinario asegure la unidad de solución correcta, sino tan sólo que aquella que es elegida por el Tribunal Supremo se impone sin más a la del juez inferior, de manera que si éste ha sido o no fiel a su precedente se convierte en un problema secundario en presencia de la “mejor solución”.

En efecto, si se lleva a sus últimas consecuencias la superación de la concepción mecanicista de la interpretación, no se puede mantener la idea de que el conjunto de reglas que componen el Derecho —más, si se quiere, los llamados métodos de interpretación— sean siempre capaces de ofrecer una y sólo una respuesta correcta para cada caso y que la misma sea igualmente descubrible por cualquier intérprete⁴. Y es que, ciertamente, en un sistema jurídico conviven distintos principios contrastantes entre sí que pueden conducir a resultados contradictorios propiciando así la discrecionalidad o la elección entre alternativas diversas, por lo que no se puede afirmar que haya un criterio seguro para determinar su peso relativo en cada caso⁵: existen diferentes posibilidades de solución para casi todos los problemas prácticos y los consensos fácticos son raros. En suma, en el conjunto del ordenamiento

⁴ Obviamente, el ideal de una única respuesta correcta fue sostenida por el positivismo más primitivo. Sin embargo, paradójicamente, esta tesis fue rechazada por los “herederos naturales” del positivismo (KELSEN, HART o BOBBIO) y mantenida, en ocasiones de manera entusiasta, por sus más obstinados críticos. En nuestros días, tal vez sea DWORKIN el autor que con más vigor mantiene la necesidad, y en todo caso la posibilidad, de encontrar una sola solución adecuada para cada caso. Véase sobre el particular *Los derechos en serio* (1977), trad. cast. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984; y “No Right Answer?”, en *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977.

⁵ Vid. L. PRIETO: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 122.

jurídico se pueden encontrar valoraciones divergentes que pueden ponerse en relación entre sí, pero de modo distinto, en cada caso concreto⁶. Por ello, es obvio que con frecuencia queda un cierto espacio a la discrecionalidad del intérprete; es decir, un espacio capaz de acoger soluciones distintas y aun contradictorias entre sí, con todo lo que ello supone para la certeza en la aplicación del Derecho. Ahora bien, en tal caso es preciso preguntarse si se puede evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad.

Aquí reside la virtualidad fundamental del *principio de universalización*, un principio que responde a la exigencia ínsita en toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera aquello que es igual, y que acaso represente el mejor modo de garantizar la corrección de la decisión judicial cuando ésta se enfrenta a una pluralidad de soluciones viables. Y ello porque, como el razonamiento jurídico es un tipo especial, altamente institucionalizado y formalizado, del razonamiento práctico⁷, las reglas que ordenan éste deberán presidir también aquél, lo que explica que si la universalización juega un papel relevante en la argumentación práctica, también deberá jugar un papel relevante en la justificación de las decisiones jurídicas. En este sentido, N. MacCormick, que considera la universalidad como uno de los principios que disciplinan el razonamiento jurídico, entiende que la misma “se proyecta tanto hacia el pasado como hacia el futuro, de manera que el criterio utilizado ha de ser el mismo que se observó en un caso anterior, pero también y sobre todo el mismo que se estaría dispuesto a aplicar en otros casos futuros iguales”⁸. Y también para R. Alexy, “el fundamento del uso del precedente lo constituye el principio de universalidad”⁹. En suma, si de la universalización deriva la necesidad de generalizar las propias decisiones y juicios de valor, su proyección en el ámbito del razonamiento judicial significa que el buen juez será “aquél que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace”¹⁰. En otras palabras, el principio de universalización se expresa jurídicamente en la técnica

⁶ Vid. R. ALEXY: *Teoría de la Argumentación Jurídica* (1978), trad. cast. de I. Espejo y M. Atienza, Madrid, C.E.C., 1989, p. 33. En opinión de este autor, la idea de la unidad de solución justa es más bien una exigencia o aspiración que debe postular todo razonamiento jurídico que quiera ser mantenido como correcto y sin contradicciones.

⁷ Véase N. MacCORMICK: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 272.

⁸ *Ibidem*, p. 97.

⁹ R. ALEXY: *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., p. 262.

¹⁰ L. PRIETO: “Notas sobre la interpretación constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9 (1991), p. 188.

del precedente, si bien entendido, no como sometimiento a la doctrina o jurisprudencia de los tribunales superiores, sino como exigencia práctica de universalizar las propias decisiones.

Obviamente, en la esfera jurídica no se puede decir que el imperativo de la universalización sea el único criterio para adoptar la solución más correcta, ya que el principio de vinculación a la ley y las reglas de la argumentación jurídica proporcionan muchas veces la respuesta adecuada al caso contemplado y, en las demás ocasiones, limitan fuertemente el posible ámbito de discrecionalidad interpretativa. Sin embargo, si se parte de que ni el Derecho positivo, ni las más refinadas técnicas de interpretación, garantizan siempre esa anhelada “unidad de solución correcta”, resulta que al final —y en mayor o menor medida, según los casos— la universalización kantiana constituye la última garantía de racionalidad jurídica¹¹. En otras palabras, cuando en el proceso de interpretación el juez se halla en la necesidad de elegir entre distintas opciones para resolver un cierto problema —opciones que, además, cuentan a su favor con distintas razones entre las cuales no se puede establecer un orden de preferencia—, es decir, cuando es llamado a dar “un salto sin la red” que proporcionan las leyes, la jurisprudencia o los llamados métodos de interpretación, entonces la máxima universalizadora representa la última trinchera de racionalidad.

Pero si en el plano teórico las cosas son de este modo, es decir, si desde el punto de vista de la teoría del razonamiento jurídico el principio de universalización es una última garantía de corrección de la interpretación judicial, nos debemos preguntar aún en qué medida estas consideraciones pueden encontrar apoyo en un sistema jurídico. Porque, si el hecho de que el juez haya de ser fiel a las leyes no ofrece discusión, y que lo haya de ser también a la jurisprudencia parece más o menos aceptado, ¿se puede exigir también al juez que sea fiel a sí mismo, es decir, que haga un ejercicio de universalización como el descrito?

Me parece que a la luz de nuestra tradición jurídica estas preguntas no sólo merecerían una respuesta negativa, sino que, más bien, carecerían de sentido, pues dicha tradición partía de la hipótesis —o de la ficción— de que el conjunto de las leyes, complementadas si se quiere por la jurisprudencia,

¹¹ En este punto convergen los principales análisis del razonamiento jurídico de la actualidad. Así, principalmente, R. ALEXYS: *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., p. 262; A. AARNIO: *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (1987), trad. cast. de E. Garzón, Madrid, CEC, 1991, p. 256; N. MacCORMICK: *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 97.

ofrecía siempre la solución adecuada al caso, de manera que el problema de si el juez era fiel a sí mismo no llegaba a plantearse: bastaba con exigir que fuese fiel al Derecho en su conjunto ¹². No es éste, sin embargo, el panorama que ofrece el ordenamiento jurídico español, donde, merced a una cierta doctrina del Tribunal Constitucional, se abre paso una fiscalización sobre la racionalidad de las decisiones judiciales desde el punto de vista de su respeto al propio precedente, que puede considerarse como una institucionalización jurídica del principio de universalización que preside todo el razonamiento práctico ¹³.

3. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el respeto al propio precedente ha sido considerada original e ingeniosa. *Original* porque hasta el momento no existía una construcción análoga en el ámbito del Derecho continental ¹⁴. *Ingeniosa* ¹⁵ porque ha sabido conjugar dos ideas tendencialmente contradictorias. Por una parte, el Tribunal ha querido llevar hasta sus últimas consecuencias el control en vía de amparo de las decisiones jurisdiccionales —art. 44 LOTC— en relación con el principio de igualdad. Pero, de otra parte, el Tribunal ha renunciado a ejercer una función revisora del Derecho aplicado por los jueces en la medida en que no hayan resultado violadas normas constitucionales, lo que viene exigido por el propio modelo de justicia constitucional en cuanto separada de la justicia ordinaria, y todo ello ha desembocado en una regla “predominantemente formal” ¹⁶, bastante parecida a la descrita en el epígrafe anterior y que, en mi opinión es explicable por las mismas consideraciones.

En efecto, el Tribunal Constitucional proclama con insistencia la *libertad interpretativa* de los órganos jurisdiccionales ¹⁷, lo que equivale a admitir que

¹² Esto explica que un autor como K. LARENZ, que parte de la base de que la norma encierra siempre una solución correcta, estime que el precedente sólo debe ser respetado en la medida en que se convierta en vehículo de esa solución, pero no por sí mismo, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (4.ª edic., 1979) trad. cast. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980, p. 430. Para R. ALEXY, por el contrario, si los precedentes son importantes es precisamente porque con frecuencia no es posible saber cuál de las varias propuestas de solución es la correcta (*Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., p. 181, nota 265).

¹³ Permitaseme remitir a mi trabajo *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos (en prensa).

¹⁴ Véase, por ejemplo, J. A. XIOL RIUS: “El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial*, núm. 3 (1986), p. 26.

¹⁵ A. NIETO: “El precedente judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Madrid, Trivium, 1990, p. 230.

¹⁶ El propio Tribunal Constitucional la describe de este modo. Véase, por ejemplo, STC 49/1985, de 28 de marzo, FJ 2.º

¹⁷ Según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “la selección de las normas aplicables a un supuesto controvertido y su interpretación es competencia exclusiva de los jueces y tribunales ordinarios (art. 117.3 CE) (...) Igualmente, este Tribunal ha insistido en que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el hipotético derecho al acierto judicial

los casos concretos admiten todas las soluciones que los jueces consideren correctas, dado que él no tiene ningún poder de revisión sobre las mismas —salvo que, naturalmente, resulte violado algún precepto constitucional—. Pero, en estas circunstancias, el único control que el Tribunal puede ejercer sobre la actuación de los órganos de la jurisdicción ordinaria es el control *formal* a través de la figura del autprecedente; es decir, un tipo de fiscalización que versa, no sobre los criterios interpretativos utilizados por los jueces en la resolución de los casos —lo que resulta vedado por el reconocimiento de su libertad interpretativa—, sino sobre la corrección o racionalidad de su modo de actuar. Pues bien, el Tribunal Constitucional introduce este procedimiento fiscalizador a través del amparo por violación de la igualdad en la aplicación de la ley.

Como es sabido, el artículo 14 de la Constitución se limita a garantizar la igualdad “ante la ley” con carácter general y sin ulteriores consideraciones. Sin embargo, el Tribunal Constitucional pronto se apresuraría a establecer una distinción entre la igualdad cuando opera “en la ley” y cuando lo hace “en la aplicación de la ley”¹⁸. El primer caso, igualdad *en la ley*, prohíbe “que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación”¹⁹. Del segundo supuesto, igualdad *en la aplicación de la ley* en sentido amplio, derivan aún dos postulados diversos²⁰: de un lado, una exigencia de *interpretación no discriminatoria* de la ley que obliga a que ésta “sea aplicada (...) sin (...) establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma”²¹. De otro lado, deriva lo que el Tribunal llama propiamente igualdad *en la aplicación de la ley*, que se traduce en la necesidad de que un mismo órgano jurisdiccional “no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, de tal manera que cuando un órgano en-

(por todos, STC 50/1988), no quedando, por tanto, comprendidos en aquél la reparación (...) de injusticias producidas por la interpretación o aplicación judicial de las normas” (STC 210/1991, de 11 de noviembre, FJ 5.º).

¹⁸ El artículo 14 CE, afirmaba el Tribunal, “al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas” (STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2.º).

¹⁹ STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 1.º, reiterando una consolidada jurisprudencia.

²⁰ Véase, por ejemplo, STC 103/1990, de 4 de junio, FJ 4.º, una de las pocas sentencias donde el Tribunal hace referencia explícitamente a este doble alcance de la igualdad en la aplicación de la ley.

²¹ STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 1.º

tienda que debe apartarse de sus resoluciones precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”²². En suma, la igualdad en la aplicación de la ley, en sentido amplio, recoge tanto la exigencia de que el intérprete no introduzca elementos discriminatorios, como la de que se mantenga fiel a su propio precedente.

Obsérvese que en el primer caso la desigualdad que se pretende evitar es la que se produce por “motivaciones o criterios arbitrarios” en la interpretación y aplicación del Derecho; en el segundo caso, por el contrario, lo que se quiere evitar es la “modificación arbitraria” de la línea jurisprudencial que el órgano ha venido manteniendo hasta el momento, por lo que el control versa, no ya sobre los criterios de interpretación de la norma, sino sobre el *cambio* de los mismos. En otras palabras, lo que prohíbe la igualdad en la interpretación de la ley, en sentido estricto, no es la aplicación de criterios interpretativos irrazonables por arbitrarios, sino la actuación judicial irrazonable por arbitraria, como lo evidencia, por otra parte, la insistencia del Tribunal en que la interpretación que se quiere garantizar es la que corre a cargo de *un mismo órgano*. Por lo demás, esta delimitación de la garantía a la actividad de “un mismo órgano” refuerza la idea de que la “regla del precedente” instituida por el Tribunal Constitucional es un instrumento de *control de la racionalidad* de la actuación de los órganos jurisdiccionales, pues si lo que se quisiera proteger con esta doctrina fuese el valor de la “igualdad”—entendida como prohibición de criterios discriminatorios— o la “uniformidad” jurisprudencial, el Tribunal debería haber hecho extensible este control a las resoluciones emanadas de los demás órganos jurisdiccionales. No habiendo sido así, la doctrina del precedente sólo puede entenderse, en mi opinión, desde las exigencias dimanantes de la argumentación racional o no arbitraria. El propio Tribunal parece corroborar esta idea al establecer que para que se plantee un problema constitucional sobre igualdad es menester partir de un principio que proclame la exigencia de igualdad, y “cuando se trata de la aplicación de la ley por un mismo órgano judicial, dicho principio es el de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”²³. En suma, la regla o doctrina del precedente elaborada por el Tribunal Constitucional “constituye la garantía tanto de la evitación de la arbitrariedad como de la promoción de la seguridad jurídica”²⁴.

²² A título de ejemplo, puede verse la STC 25/1987, de 26 de febrero, FJ 1.º, que reproduce la doctrina sentada desde STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2.º, y reiterada, entre otras, en SSTC 103/1984, de 12 de noviembre; 49/1985, de 28 de marzo; 32/1986, de 30 de abril.

²³ STC 63/1984, de 21 de mayo, FJ 4.

²⁴ STC 63/1984, de 21 de mayo, FJ 4.

Por lo expuesto, me parece que decir, como hace alguna sentencia, que el problema que plantea la separación del precedente sólo puede ser llevado ante el Tribunal “cuando quien se siente víctima de una aplicación discriminatoria de la ley pueda ofrecer razones que le autoricen a pensar que la divergencia interpretativa es simplemente la *cobertura formal* de una decisión, cuyo sentido diverso (...) se debe realmente al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes (...) que no debieron serlo”²⁵, supone mantener una concepción sumamente minimizadora y restrictiva de la igualdad en la aplicación de la ley reduciéndola simplemente a la prohibición de utilizar criterios discriminatorios²⁶. En mi opinión, por el contrario, conviene distinguir, como ya se ha indicado, entre la exigencia de que los órganos jurisdiccionales no interpreten discriminatoriamente el Derecho introduciendo distinciones a las que el legislador no quiso dar relevancia jurídica y la exigencia de que en el uso de su libertad de interpretación los órganos jurisdiccionales no actúen arbitrariamente —regla del precedente—. Desde luego, normalmente la interpretación discriminatoria del Derecho comportará un abandono del precedente —salvo que aún no exista una línea jurisprudencial consolidada—, pero no todo cambio de precedente supondrá la utilización de un criterio en sí mismo discriminatorio. Y es precisamente en este último supuesto donde cobra virtualidad práctica la regla del precedente, que supone así un “plus” de garantía al posibilitar un control adicional en aquellos casos en que, habiéndose producido un cambio de criterio, y no siendo el nuevo criterio en sí mismo discriminatorio, pueda, no obstante, haberse actuado arbitrariamente.

La regla del precedente consiste, por tanto, en la exigencia de que un mismo órgano jurisdiccional resuelva uniformemente los casos sustancialmente idénticos²⁷, siendo posible separarse del propio precedente motivando *suficiente y razonablemente* el cambio jurisprudencial. Ahora bien, ¿cuándo puede considerarse justificado el abandono del precedente?; es decir, ¿cuándo se

²⁵ STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 3. La cursiva es mía.

²⁶ En efecto, al decir de esta sentencia, parece que el cambio de sentido doctrinal es sólo un indicio de que el criterio usado en la resolución divergente es discriminatorio, lo que equivale a afirmar que la divergencia en sí misma considerada carece de virtualidad para fundamentar un amparo constitucional. Con ello resultaría que un mismo órgano jurisdiccional podría cambiar cuantas veces quisiera el sentido de sus resoluciones siempre que hiciera una aplicación no discriminatoria de las normas, esto es, que no se establecieran diferencias de trato sobre la base de tomar en consideración diferencias personales que el legislador no pretendió o elementos expresamente prohibidos por el artículo 14 CE. En el mismo sentido, R. BERCOVITZ: “Comentario a la STC 144/1988, de 12 de julio de 1988”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 17 (1988), p. 717.

²⁷ La consideración de dos casos como sustancialmente idénticos, esto es, la existencia

considera que dicho cambio ha ido acompañado de una motivación suficiente y razonable?

Para considerar justificado el cambio de sentido jurisprudencial basta, según el Tribunal, que el nuevo criterio haya sido adoptado “como *solución genérica* conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo y no como respuesta individualizada al concreto supuesto planteado”²⁸, lo que tendrá lugar cuando el nuevo criterio sea considerado válido no sólo para resolver el caso en cuestión, sino también “para decidir en la resolución de casos semejantes en el *futuro*”²⁹. Con razón observa L. Prieto que esta “solución genérica” “puede identificarse con una solución universalizable y constituye así la plasmación jurisprudencial de uno de los elementos básicos del modelo de fundamentación racional”³⁰. Por lo demás, esta concepción del precedente como traducción jurídica de la universalización —y, por tanto, como garantía de la racionalidad— asoma, a mi juicio, en las propias palabras del Tribunal Constitucional al establecer que el cambio razonado de una línea jurisprudencial puede venir impuesto, aparte de “por la necesidad de acomodar la interpretación de las normas a las circunstancias sociales que han surgido con posterioridad a su entrada en vigor”, también “por la necesidad de corregir mediante cánones de interpretación más correctos o adecuados lo que se considera un *entendimiento erróneo* de dicho precepto”³¹. Pues, en efecto, el carácter genérico del cambio de criterio se manifiesta, no tanto en el respeto a las soluciones anteriores —que es un efecto meramente circunstancial de dicho carácter—, cuanto en la exigencia de actuar siempre de acuerdo con el criterio que se considere correcto, y, por tanto, idóneo para solucionar todos los supuestos del mismo tipo.

Ahora bien, para apreciar la concurrencia de estas circunstancias, esto es, para apreciar que estamos ante una verdadera “solución genérica”, el Tribunal considera suficiente la constatación de que existe un *verdadero cambio de criterio* —y no una solución puntual y, por ende, arbitraria— de modo

de un “término de comparación”, requiere la presencia de elementos comunes a los dos casos que además hayan “formado parte de modo decisivo o concluyente en el razonamiento que llevó a la resolución anterior” (STC 48/1987, de 22 de abril, FJ 2). No se permite, por tanto, alegar como término de comparación “fórmulas abstractas desconectadas de los casos” (STC 78/1984, de 9 de julio, FJ 3).

²⁸ STC 49/1985, de 28 de marzo, FJ 2 (la cursiva es mía). Tal idea será reiterada en adelante; por ejemplo, en la STC 120/1987, de 10 de julio, FFJJ 3 y 6, donde se concibe la generalidad como factor indicativo del cambio de criterio.

²⁹ STC 66/1987, de 21 de mayo, FJ 4 (la cursiva es mía).

³⁰ L. PRIETO: “Notas sobre la interpretación constitucional”, cit., p. 189.

³¹ STC 242/1992, de 21 de diciembre, FJ 4. Cursiva añadida.

que, existiendo éste, resulta indiferente que se exprese o que no; lo que importa “es la existencia del cambio mismo, no su exteriorización”³². Por otra parte, comprobada la existencia de un nuevo criterio, el Tribunal renuncia a analizar la suficiencia de las razones aducidas para sostener el viraje de orientación jurisprudencial por considerar que no le compete a él, como garante de la Constitución, “ni sustituir al juzgador ordinario en su apreciación de las diferencias que unos y otros casos puedan mostrar (SSTC 183/1985 y 30/1987), ni determinar cuál de las dos soluciones es la correcta en Derecho ni, en fin, operar como órgano unificador de la jurisprudencia sobre la interpretación y aplicación de las leyes”³³.

Esta actitud del Tribunal Constitucional ha sido tachada de “excesivamente formalista”³⁴ por gran parte de la doctrina y, en consecuencia criticada por cuanto puede resultar extraordinariamente sencillo a un órgano jurisdiccional cambiar constantemente su línea jurisprudencial teniendo la certeza de el Tribunal Constitucional no entrará a analizar las razones del cambio³⁵. En definitiva, según estas críticas, la regla del precedente establecida por el Tribunal Constitucional no garantiza nada, o casi nada.

Pero la renuncia del Tribunal Constitucional a invadir la esfera de la jurisdicción ordinaria no sólo le impide analizar la motivación del cambio de criterio, sino que tiene aún otra importante consecuencia: no puede extender el control del precedente a las resoluciones emanadas de órganos jurisdiccionales diferentes. En efecto, el Tribunal circunscribe este control formal a las decisiones de *un mismo órgano jurisdiccional* ya que, de una parte, extender la igualdad en la aplicación de la ley a las resoluciones emanadas de distintos órganos “constituiría una notoria modificación del sistema de fuentes del Derecho”, que no admite *stare decisis*³⁶. De otra parte, porque el control debe conciliarse con el principio de independencia de la justicia ordinaria en su conjunto; es decir, el Tribunal no puede, ni quiere, convertirse en un Tribunal de supercasación ordinario y, en consecuencia, no puede, ni quiere, deter-

³² SSTC 63/1984, de 21 de mayo, FJ 4, y 49/1985, de 28 de marzo, FJ 2.

³³ STC 200/1989, de 30 de noviembre, FJ 5.

³⁴ En realidad, el propio Tribunal Constitucional califica su doctrina del precedente como “predominantemente formal” (STC 49/1985, de 28 de marzo, FJ 2. También STC 200/1989, de 30 de noviembre, FJ 5).

³⁵ En este sentido, A. NIETO, “El precedente judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional” cit., p. 246; y SANCHEZ-URAN, “Sobre el principio de igualdad y la insuficiente motivación del cambio de línea jurisprudencial”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 34 (1988), p. 302; A. OLLERO, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, cit., p. 57.

³⁶ STC 55/1985, de 22 de abril, FJ 4. También STC 58/1986, de 14 de mayo, FJ 2.

minar cuál sea la interpretación más correcta del Derecho ordinario. Pues bien, esta actitud autoinhibicionista del Tribunal Constitucional también ha sido criticada por la doctrina por cuanto la no extensión de esta forma de control a las resoluciones producidas por distintos órganos jurisdiccionales lesiona la deseable uniformidad en la aplicación del Derecho ³⁷.

4. A mi juicio, sin embargo, estas dos críticas se fundan en una errónea comprensión del significado de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la igualdad en la aplicación de la ley, que no es un tipo de control al servicio de la igualdad —en el sentido de prohibición de utilizar criterios interpretativos discriminatorios—, ni de la uniformidad de la actuación racional o no arbitraria de los órganos jurisdiccionales.

La primera confusión —esto es, la identificación del precedente como instrumento al servicio de la igualdad— tal vez se deba al hecho de haber asimilado la regla del precedente a una modalidad del artículo 14 CE y, en efecto, intuitivamente no cabe duda de que la regla del precedente constituye una cierta plasmación de la igualdad, pues, en síntesis, obliga a ofrecer un mismo tratamiento normativo para todos los supuestos que presenten las mismas condiciones fácticas. A mi entender, sin embargo, no se puede confundir “precedente” con “igualdad”; o, mejor dicho, no puede identificarse el precedente con la prohibición de interpretar y aplicar las leyes de modo discriminatorio, pues, como ya dijimos más arriba, el respeto al propio precedente sólo significa prohibición de modificar arbitrariamente los criterios de resolución en los casos sustancialmente idénticos, incluso si ninguno de tales criterios es en sí mismo discriminatorio ³⁸. Dicho de otro modo, la regla del precedente sólo supone un enjuiciamiento del cambio de línea jurisprudencial, no de los concretos criterios interpretativos que definen dicha línea ³⁹. Por eso, creo que al identificar “observancia del precedente” e “igualdad” se hace un flaco favor a esta última: de hecho, como apunta J. Raz, la discriminación racial, religiosa o de cualquier otro tipo no sólo no es incompatible

³⁷ Por ejemplo, este reproche está presente en A. OLLERO, *Igualdad en la aplicación de la ley...*, cit., p. 22, y en I. de OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 292.

³⁸ Recordemos una vez más que es precisamente en estos casos donde la doctrina del precedente tiene verdaderamente sentido.

³⁹ Cosa distinta es que esa garantía de racionalidad que introduce el control del precedente se articule mediante el principio de igualdad y, por tanto, que su conexión constitucional en vía de amparo a través del artículo 14 CE pueda ser mantenida, pero sólo como tal conexión, sin que sirva para oscurecer o devaluar la exigencia central de la igualdad ante la ley, que no es otra que la prohibición de usar criterios discriminatorios, ya se haga reiteradamente, ya de modo arbitrario y con quiebra del precedente.

con el respeto al precedente, sino que con frecuencia es institucionalizada por normas generales⁴⁰, normas que —añadimos nosotros— pueden ser aplicadas con exquisita uniformidad.

Pero, por otra parte, la regla del precedente tampoco debe ser confundida con la pretensión de justicia uniforme, pues el precedente constituye propiamente un control de racionalidad sobre la función de juzgar y versa, en consecuencia, sobre las resoluciones emanadas de un mismo órgano, sin entrar a valorar si la decisión es jurídicamente la más correcta; mientras que, por el contrario, el ideal de unidad de interpretación y aplicación de la ley supone la existencia o, al menos, la búsqueda de esa solución más correcta a una cierta clase de casos, afectando por ello tanto a las resoluciones emanadas de un mismo órgano como a las provenientes de órganos distintos. En otras palabras, el precedente es una regla formal que nada dice acerca de la decisión más óptima a la luz del sistema normativo; la uniformidad entraña, en cambio, una toma de posición sobre la mejor interpretación del Derecho, que ha de ser lógicamente compartida por el conjunto de los operadores jurídicos. Existe, sin embargo, una cierta inclinación a pensar que la técnica del precedente constituye un instrumento al servicio de la uniformidad jurisprudencial⁴¹, y por ello también una cierta frustración, de la que más arriba hablábamos⁴², al comprobar su escasísima virtualidad en la consecución de este objetivo. Por lo demás, no es que se desprecie el valor de la homogeneidad en la interpretación, que es, por el contrario, “un objeto a alcanzar en un Estado de Derecho (art. 1.1) e incluso una finalidad que el legislador debe perseguir para dar realidad al principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de nuestra Constitución”, pero como tal cosa ha de conseguirse sin mengua de la independencia judicial, la anhelada uniformidad sólo podrá alcanzarse a través del sistema de recursos previstos en las leyes procesales⁴³.

⁴⁰ J. RAZ: “El Estado de Derecho y su virtud” (1977), en *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. de R. Tamayo y Salmoran, México, UNAM, 1982, p. 270.

⁴¹ M. CALVO GARCIA lo afirma claramente: el papel del precedente en nuestro sistema jurídico es el de un mecanismo regulador “que tiende a introducir uniformidad en el funcionamiento de la máquina jurídica (...). Es decir, a pesar de la quiebra aparente del ideal de univocidad significativa (...) el TC reconduce de esta manera el tema de la unificación jurisprudencial”, en “El valor del precedente judicial en el sistema jurídico español”, *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Seminario de profesores de la Facultad de Derecho, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1985, p. 314.

⁴² Vid., supra, nota 39.

⁴³ STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 3. En verdad, confiar la garantía de la uniformidad jurisprudencial al sistema de recursos procesales previstos no es garantía suficiente desde el momento en que no todas las resoluciones judiciales pueden ser recurridas ante un mismo órgano superior de unificación jurisprudencial.

En suma, el precedente no introduce en el sistema jurídico una garantía de la interpretación no discriminatoria de las normas ni asegura tampoco la unificación jurisprudencial, sino que debe entenderse tan sólo al servicio de la actuación racional o no arbitraria de los órganos jurisdiccionales. Me parece que la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional confirma esta interpretación más rigurosa del precedente: “El valor constitucional de la igualdad en su versión de igualdad en la aplicación de la ley protege fundamentalmente frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial”⁴⁴. Se intenta evitar así, no la divergencia interpretativa, sino que ésta se produzca “como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de un modo diverso”⁴⁵. Dicho de otro modo, “los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes, siempre que lo hagan en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica dotada de vocación para ser aplicada en casos futuros (...). Por tanto, lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad”⁴⁶.

En verdad, el control del precedente y el ideal de interpretación uniforme del Derecho no son aspectos totalmente disociados ya que, de un lado, el abandono del propio precedente provoca, de hecho, resoluciones desiguales sobre los mismos supuestos; y, de otro, la hipotética instauración de mecanismos unificadores de la jurisprudencia haría perder a la técnica del precedente parte de su virtualidad práctica. Ciertamente, la oportunidad del control del precedente está relacionada con la ausencia de un sistema rígido de *stare decisis*, pues si existiesen mecanismos fuertes de unificación doctrinal, el voluntarismo judicial quedaría entonces excluido por la vinculación a la jurisprudencia, y la racionalidad en la interpretación del Derecho vendría así indirectamente asegurada, es decir, quedaría controlada la libertad interpre-

⁴⁴ STC 183/1991, de 30 de septiembre, FJ 3, recordando la STC 200/1990.

⁴⁵ STC 115/1989, reiterada en STC 122/1991, de 3 de junio, FJ 4.

⁴⁶ STC 28/1993, de 25 de enero, FJ 2, recordando las SSTC 201/1991, 202/1991, 221/1991 y 232/1991.

tativa de los jueces, al menos de los inferiores. Sin embargo, no existiendo esos mecanismos, el respeto al autoprecedente es cuanto cabe pedir en un modelo constitucional como el nuestro. Lo que entiendo que tampoco es despreciable, pues la técnica del precedente no tutela la igualdad ni asegura la uniformidad de la jurisprudencia, pero es un instrumento de interdicción de la arbitrariedad, esto es, de aquellos comportamientos que, sin violar propiamente la Constitución ni un Derecho ordinario que admite soluciones plurales, lesiona en cambio una regla fundamental de la argumentación racional: la regla de la universalidad.

5. Como venimos manteniendo desde el principio, la doctrina del respeto al propio precedente establecida por el Tribunal Constitucional español tiene mucho que ver con la exigencia de universalización que preside todo el razonamiento práctico y, por tanto, también el razonamiento jurídico que forma parte del mismo: el respeto al propio precedente es la traducción jurídica del requisito de la universalidad que debe superar la argumentación jurídica allí donde no existe una y sólo una respuesta correcta, pues si existiese, el Tribunal no tendría más remedio que actuar conforme a la misma, con independencia de lo que hubiera decidido con anterioridad ese órgano jurisdiccional o cualquier otro. En este sentido, el respeto al propio precedente es una regla de racionalidad que garantiza la actuación no arbitraria de los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, deja intacto el sistema de fuentes de nuestro Derecho, articulado en torno al principio de legalidad. Por tanto, cuando se acusa al precedente de inoperancia no se tiene en cuenta que su función no consiste en alcanzar la mejor solución, sino sólo la más racional de las posibles —la menos arbitraria— desde el punto de vista del principio de universalización⁴⁷. En suma, la regla del precedente, en tanto que traducción jurídica de la universalización, es una regla *formal* que opera

⁴⁷ Por cierto, que si el precedente es sólo una regla argumentativa, y no un elemento más del sistema de fuentes, debería vincular también al propio Tribunal Constitucional. Sin embargo, en la experiencia del Tribunal no faltan excepciones a esta regla. Un ejemplo reciente de ello lo constituye la STC 222/1992, de 11 de diciembre —por lo demás, una de las llamadas por la doctrina “sentencias aditivas”— que hace extensible a las uniones de hecho el beneficio de la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento previsto por el artículo 58.1 LAU para las uniones matrimoniales, cuando sólo dos años antes, mediante STC 184/1990, había declarado constitucionalmente admisible (por no ser discriminatorio) que el legislador no extendiese el derecho a la pensión de viudedad a las uniones de hecho. Y ello sin que el Tribunal explique las razones de ese cambio, cuando se trata de derechos análogos desde la perspectiva constitucional. Por ello resulta comprensible la perplejidad manifestada por el Magistrado Rodríguez Bereijo en un voto particular, a quien le resulta difícil entender por qué el Tribunal reconoce ahora lo que entonces negó, pues “si los cambios u oscilaciones bruscas en toda jurisprudencia son siempre peligrosos, lo son mucho más cuando de la jurisprudencia constitucional se trata”.

sobre la racionalidad de la argumentación, pero que no garantiza la justicia del fallo, y es por eso un criterio apto para el tipo de control que se proyecta sobre el “modo de adopción” de las decisiones, y no sobre las reglas materiales para la formación de las mismas. Por ello es cierto que la regla del precedente tiene mucho que ver con la motivación de las decisiones, pero no equivale simplemente a una exigencia de motivación, porque el criterio universalizador que traduce esta regla representa una condición que debe cumplir la motivación, pero no es la motivación misma: ya no vale *cualquier* razón para fundar una decisión particular, sino sólo aquella que está en la base de un criterio que podamos querer como ley general⁴⁸. El respeto al precedente supone, pues, un género de motivación especial cuyo sentido podría formularse como sigue: *hay que interpretar el Derecho conforme a criterios que, por considerarlos correctos, se estuviera dispuesto a utilizar en la resolución de todos los casos iguales que puedan presentarse en el futuro*.

En conclusión, son varios los elementos que definen la que considero mejor doctrina constitucional sobre el respeto al propio precedente. *Primero*, existe una presunción favorable a la homogeneidad jurisprudencial, de manera que cuando un órgano jurisdiccional se aparta de la solución ofrecida con anterioridad a casos semejantes, debe justificarlo⁴⁹. *Segundo*, el cambio de línea jurisprudencial debe ser advertido o consciente, y esa advertencia o consciencia debe poder ser reconocida a través de la motivación, siendo, por tanto, pública, y no encubierta. *Tercero*, la sustitución de los viejos criterios por los nuevos no debe ser simplemente enunciada, sino explicada mediante argumentos capaces de justificarla y, por tanto, susceptibles de un control de razonabilidad. *Cuarto*, la nueva línea jurisprudencial debe presentarse con vocación de futuro; no es suficiente que sea la mejor en el caso concreto, sino que ha de poder ser querida como criterio general, por lo que debe aportar a su favor razones jurídicas objetivas.

⁴⁸ Alguna diferencia habrá encontrado el Tribunal Constitucional cuando sanciona la falta de motivación como una infracción del artículo 24 CE (por todas, STC 55/1987, de 13 de mayo, FJ 1), mientras que la violación del precedente encuentra cobertura en el artículo 14. En STC 183/1991, FJ 2, establece expresamente el Tribunal que la regla del precedente no es residencial en el artículo 24.1, sino, en su caso, en el 14.

⁴⁹ También para R. ALEXI una de las reglas más generales sobre el uso del precedente es que “Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación”, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., p. 265. Igualmente Ch. Perelman explica este aspecto de la carga de la argumentación mediante el “principio de inercia”, según el cual una solución adoptada en alguna ocasión no puede abandonarse sin una explicación suficiente de los motivos, Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation, La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 4.^a edit., 1970, p. 142 y ss. Y del mismo modo A. AARNIO insiste en que “necesariamente, un cambio en la situación dominante tiene que ser justificado”, *Lo racional como razonable*, cit., p. 260.

En resumen, creo que la doctrina del precedente elaborada por el Tribunal Constitucional es, en líneas generales, oportuna y coherente. Oportuna porque institucionaliza un tipo de control que constituye una garantía de la actuación no arbitraria de los órganos jurisdiccionales. Coherente porque trata de permanecer fiel al modelo de relaciones entre la justicia constitucional y la ordinaria. En este sentido, me parece que la prudencia del Tribunal al no querer convertirse en una supercasación es algo a valorar positivamente, incluso aunque esta solución pueda no corresponder a las expectativas de justicia uniforme, pues no debe olvidarse que, desde el punto de vista del sistema en su conjunto, acaso es menos grave una decisión del Tribunal que defraude expectativas de justicia salvando, sin embargo, el ámbito de actuación de la justicia ordinaria, que una decisión que por salvar la justicia establezca valoraciones que no le corresponden⁵⁰. Y, en todo caso, tampoco puede olvidarse que la regla del precedente consiste solamente en un examen de la racionalidad de la argumentación a través de una de sus reglas fundamentales: la universalización. Este es el límite de la libertad de elección del intérprete allí donde no hay —o no hay constitucionalmente— unidad de solución correcta; y, por modesto que pueda parecer, es también el límite máximo hasta donde puede llegar un control que no se hace en nombre de la “verdad” jurídica, sino de la racionalidad argumentativa.



⁵⁰ También, en este sentido, A. NIETO encuentra *realista* la postura del Tribunal al optar por sacrificar esperanzas que deberían ser pagadas al precio de descomponer todo el sistema, “El precedente judicial...”, cit., p. 252.